

DU BON USAGE DES NOTIONS D'EFFICACITÉ ET D'EFFICIENCE EN DROIT

PAR

ANNE-LISE SIBONY

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE LIÈGE,
DIRECTRICE DE L'INSTITUT D'ÉTUDES JURIDIQUES EUROPÉENNES (IEJE)

L'efficacité est un thème classique dans le discours contemporain à propos des normes juridiques. Les termes «efficacité» et «efficience» sont certes particulièrement prégnants dans certains domaines du droit, comme le droit de la concurrence – où il est sans cesse question «d'efficacité économique» et «d'efficience» (1) – mais leur présence est beaucoup plus générale et n'est pas limitée au domaine économique (2). Ainsi, l'on parle aussi bien de l'efficacité d'un dispositif d'aide sociale ou d'une procédure d'expulsion. En plus du terme «efficacité», qui est le plus courant en français, on rencontre parfois «efficience», en particulier sous la plume des éco-

(1) V. Règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOCE* du 29 janvier 2004 L 24, p. 1, où il est question à la fois des gains d'efficacité produits par une concentration (considérant 29) et de l'efficacité du dispositif juridique de contrôle des concentrations (considéranants 11, 14, 15, 16); Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOCE* du 29 décembre 1999, L 336, pp. 21-25, considérants 6 et 7; Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées *JOUE* L 102 du 23 avril 2010 pp. 1-7, considérants 3, 6, 7 et 10; Communication de la Commission, *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, *JOUE* 24 février 2009, C 45, p. 7, spéc. points 23 et s.

(2) À titre d'exemple, dans un document récent de la Commission européenne qui présente un plan de relance pour le marché intérieur (y compris ses aspects sociaux), on dénombre 38 occurrences du terme «efficace» et des termes apparentés («efficacité», «efficacement») et 3 occurrences du terme «efficience». Communication de la Commission, *Vers un Acte pour le marché unique – Pour une économie sociale de marché hautement compétitive 50 propositions pour mieux travailler, entreprendre et échanger ensemble*, COM(2010) 608 final.

nomistes (3), mais pas seulement (4). Le mot «efficienne» passe parfois pour un anglicisme, dont l'usage en français serait impropre (5). À tort, car il faut bien, en français aussi, distinguer les notions qui méritent de l'être (6). L'adjectif «efficace» qualifie un moyen qui permet d'atteindre le résultat souhaité, sans autre précision et donc, en particulier, sans porter de jugement sur le caractère approprié ou proportionné du moyen (7). Une réponse correcte à la question «ce dispositif est-il efficace?» est de la forme «le dispositif a atteint son but/n'a pas atteint son but ou a atteint son but partiellement». En revanche, l'adjectif «efficient» qualifie un rapport entre des moyens et une fin au regard des coûts. Un dispositif efficient est celui qui atteint le résultat souhaité au moindre coût (8). Une réponse pertinente à la question «ce dispositif est-il efficient?» suppose une comparaison avec d'autres dispositifs qui atteindraient le même but (au même degré) et dont les coûts seraient supérieurs ou inférieurs à ceux du dispositif considéré. Efficacité et efficience ne doivent donc pas être confondues. Pour le dire de manière aussi parlante qu'un

(3) Pour un exemple parmi beaucoup, V. I. JOUMARD, P. M. KONGSRUD, Y.-S. NAM et R. PRICE, «Améliorer le rapport coût-efficacité des dépenses publiques : l'expérience des pays de l'OCDE», *Revue économique de l'OCDE*, n° 37, 2003/2, pp. 125-184, *passim*, p.e. p. 167. Au fil du texte, le terme «efficience est employé» de préférence à «rapport coût-efficacité», qui figure dans le titre et a le même sens que «efficience».

(4) P.e. Rapport de M. Didier MIGAUD sur l'efficacité de la dépense publique et le contrôle parlementaire, Assemblée nationale, 27 janvier 1999. Le rapporteur écrit : «Il s'agit de faire en sorte d'accroître l'efficacité de la dépense, d'améliorer l'efficience de l'État, afin, qu'eu égard à la qualité de la contrepartie, soit retrouvé le consentement du corps social aux prélèvements opérés par les administrations, prélèvements, dont cet exercice doit amplifier le nécessaire allègement» (nous soulignons). Dans la communication de la Commission sur le Acte pour le marché intérieur citée *supra* note 2, on dénombre 3 occurrences du terme «efficience».

(5) *Nouveau Petit Robert de la langue française*, Paris 2009 à l'entrée «efficience» condamne ainsi comme anglicisme abusif l'usage du mot «efficience» au sens d'une «efficacité, capacité de rendement». En ce sens aussi, J. BALEYTE, A. KURGANSKY, C. LAROCHE, J. SPINDLER, *Dictionnaire économique et juridique Français/Anglais, Anglais Français*, 4^e éd., LGDJ, 1995.

(6) V. aussi la contribution de L. HEUSCHLING dans ce volume.

(7) *Contra* : *Petit Robert* 2009, cité *supra* note 5, qui indique parmi les sens d'efficacité «capacité de produire le maximum de résultat avec le minimum d'effort», sens qui, selon nous, doit être réservé au mot «efficience».

(8) Cet usage, en français, est admis par le *Trésor de la langue française informatisé*, Éd. CNRS, 2005, qui définit l'efficience comme «l'aptitude (d'une machine, d'une technique, d'une personne ou d'une entreprise) à fournir le meilleur rendement». Il correspond au sens de ce terme en économie, où l'efficience désigne la propriété d'un processus (de production ou de répartition) qui tire le meilleur parti de chaque ressource disponible, définition à propos de laquelle Alexis Jacquemin remarque qu'elle «ne correspond guère à l'idée que s'en fait l'observateur non averti». A. JACQUEMIN, «Droit et économie dans l'interprétation de la règle de droit économique», in M. VAN DE KERCHOVE, *L'interprétation en droit*, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, Bruxelles, 1978, pp. 485-404, p. 488.

de mes anciens professeurs, «prendre un marteau-piqueur pour écraser un mouche, c'est peut être efficace, mais ce n'est pas efficient» (9).

Lorsqu'on cherche à évaluer une norme juridique ou un ensemble de normes juridiques, il est intéressant de documenter à la fois son efficacité – qui constitue un critère minimal – et son efficience. La question de l'efficience vient en second, car elle ne se pose que si le dispositif n'est pas complètement inefficace. Il n'y a en effet pas de raison de s'intéresser au rapport coût/efficacité si l'efficacité est nulle. De même qu'un médicament ne mérite pas d'être mis sur le marché s'il n'aide pas à soigner la maladie pour laquelle il est indiqué (inefficacité), une norme qui n'atteint pas son but affiché (lorsqu'il y en a un), ne mérite pas d'être conservée dans l'ordre juridique. En revanche, une norme ou un dispositif efficace, même partiellement, peut mériter reconsidération si une norme différente ou un dispositif mieux conçu permet d'atteindre le même objectif à un coût moindre ou d'atteindre plus pleinement l'objectif visé sans supplément de coût.

Aux fins de ces précisions liminaires, on raisonne en faisant l'hypothèse que les normes juridiques ont chacune un seul but et qu'il est connu ou connaissable. C'est là, reconnaissons-le, une hypothèse très forte et qui est loin d'être toujours réalisée dans la vie du droit. La complexité et l'ambiguïté qui peuvent affecter la détermination des buts d'une norme complique bien sûr considérablement l'évaluation des normes, tant en termes d'efficacité que d'efficience, mais elle ne remet pas en cause la distinction qui est posée ici.

Bien que claire au plan conceptuel, cette distinction entre efficace et efficient, n'est pas faite dans tous les discours à propos des normes juridiques. L'usage de ces termes est parfois flottant ou ambigu (10). Il arrive aussi – et c'est bien plus gênant encore que d'utiliser un mot pour un autre – que l'usage de ces mots dans les discours sur le droit n'ait pas de sens. Les confusions abondent dans les narrations du droit, y compris des narrations savantes et aver-

(9) Pascal COMBEMALE a depuis déployé ses talents de pédagogue dans plusieurs ouvrages d'introduction à l'économie, dont *Les grandes questions économiques et sociales*, La découverte, 2009.

(10) Pour un exemple, v. Communication de la Commission, *L'Acte pour le marché unique* citée *supra* note 2 : la Commission indique qu'il faut rendre les procédures d'adoption de normes techniques «plus efficaces, efficientes et participatives» (p. 12).

ties. Et comme les récits du droit sont parfois performatifs, la confusion risque de gagner le droit lui-même, ce que personne ne peut souhaiter. À titre de prophylaxie, on se propose de décrire ce qui relève d'une confusion des genres à propos de l'efficacité et, plus encore, de l'efficience (I) avant d'illustrer la contagion de cette confusion à travers quelques exemples empruntés au droit européen (II). On conclura en plaidant pour une clarification du discours à propos de l'efficacité des normes et du rôle de l'efficience dans les normes tout en la sachant exigeante, car elle passe par une interrogation approfondie sur les finalités des normes juridiques.

I. – LA CONFUSION DES GENRES

Confondre l'efficacité ou l'efficience avec les vrais buts des normes juridiques paraît improbable au regard au sens des notions (A) pourtant cette confusion, parfois entretenue de propos délibéré, est délétère, car elle occulte la discussion sur les fins (B).

A. – *Une confusion improbable*

L'efficacité, comme l'efficience, s'apprécie toujours par rapport à un but. Comme on l'a dit, l'efficacité est la propriété de ce qui atteint son but, tandis que l'efficience est la propriété de ce qui atteint son but au moindre coût. On utilise parfois en français la dénomination «rapport coût/efficacité», qui est équivalente à «efficience». Au regard de ces définitions, il y a confusion des genres lorsque l'efficacité ou l'efficience sont présentées comme des buts d'une norme juridique. En effet, une propriété d'un rapport but/moyen ne peut pas être en même temps le but assigné à une norme. Cela n'a tout simplement pas de sens (11). En bonne logique, il faut au contraire assigner un but propre à une norme (autre que l'efficacité ou l'efficience) pour qu'il devienne possible de s'interroger avec profit sur l'efficacité ou sur l'efficience de cette norme compte tenu de ce but. Considérons par exemple l'interdiction, qui figure dans le code de la route italien, d'atteler une remorque à un deux-

(11) Le défaut de logique est assimilable à écrire sous forme mathématique $B = B/M$. Si, en arithmétique, il existe des valeurs ($M = 1$) pour lesquelles l'équation peut être résolue, il demeure qu'il est faux de dire que, pour tout M , $B = B/M$. De même, pour toute norme (prise comme moyen M d'atteindre un but B), il est conceptuellement inexact de dire que le rapport de la norme à son but est identique à ce but.

roues (12). Le but de cette norme est manifestement la sécurité routière (et non l'efficacité). S'interroger sur l'efficacité de la norme consiste à se demander si elle contribue réellement à la sécurité routière (par exemple en essayant d'évaluer le nombre d'accidents impliquant des remorques pour deux roues qui sont évités grâce à cette norme). De la même manière, lorsque la Commission européenne écrit «l'épargne privée doit pouvoir être *efficacement* mobilisée sur les investissements massifs dans certaines infrastructures» (13), le but est le financement de certaines infrastructures. Une fois le nouveau dispositif de collecte de l'épargne mis en place, on pourra évaluer son efficacité à travers, par exemple, la part de l'épargne privée dans le financement de nouvelles infrastructures. Pour évaluer son efficacité en revanche, il faudrait comparer entre eux les coûts des différents mécanismes envisageables pour collecter l'épargne privée et l'orienter vers le financement des infrastructures.

Que l'efficacité et l'efficacité soient des propriétés souhaitables d'une norme, nul n'en doute. En effet, qui pourrait être en faveur de normes qui ne remplissent pas leur office (normes inefficaces) ou bien du gaspillage (normes inefficaces)? Mais dire que l'efficacité et l'efficacité sont des propriétés souhaitables des normes juridiques n'est pas la même chose que de dire que ce sont *les buts* de ces normes. Rendre les normes juridiques efficaces et efficaces est naturellement un objectif louable de l'action publique – en temps de crise budgétaire et en tous temps – mais pour légitime qu'il soit, cet objectif ne permet jamais de faire l'économie d'une réflexion sur les buts assignés à aux normes. Au contraire, la recherche d'efficacité et d'efficacité appelle une réflexion sur les buts des normes en vue de les clarifier.

Il serait inutile d'insister ainsi sur la distinction entre la définition des buts d'une norme, d'une part, et l'évaluation de l'efficacité ou de l'efficacité de cette norme, d'autre part, si elle était toujours aussi clairement faite que dans les exemples ci-dessus, où l'on ne voit pas bien comment l'on pourrait confondre le but (assurer la sécurité routière, financer des infrastructures) et l'efficacité avec laquelle un dispositif proposé permet d'atteindre ce but. Pourtant

(12) Cette disposition a donné lieu à l'arrêt de la Cour dans l'affaire dite des remorques italiennes. CJCE, 10 février 2009, Commission/Italie, C-110/05, *Rec.* p. I-519.

(13) Communication Acte sur le marché unique citée *supra* note 2, p. 15.

ce type de confusion existe et exerce une influence forte dans certains domaines du droit. C'est pour cette raison qu'il n'est pas superflu de s'efforcer de déconstruire les discours sur l'efficacité ou sur l'efficience qui n'apportent à la construction du droit que de la confusion.

Le droit de la concurrence est sans doute l'un des premiers domaines où il a été question de l'efficience des règles de droit, mais dans une grande confusion, entretenue parfois de propos délibéré et qui a eu un effet et durable aux États-Unis d'abord, mais aussi, dans une certaine mesure, en Europe.

B. – *Une confusion délétère*

Dans les années 1980, aux États-Unis, la rhétorique de l'efficience a été incroyablement influente, spécialement en droit de la concurrence. Sous l'influence de l'École de Chicago et particulièrement du livre de Bork, *The Antitrust Paradox* (14), non seulement le discours sur le droit mais le droit lui-même s'est mis à faire comme si l'efficience pouvait être un but et était le but poursuivi à travers les règles de concurrence. L'intelligence et la subtilité de l'auteur de cet ouvrage permettent d'exclure en toute confiance qu'il ait pu s'agir d'une erreur conceptuelle grossière de sa part : c'est au contraire délibérément et avec talent qu'il a pris le parti de la confusion, et ce au service d'un agenda politique anti-étatique.

La confusion des genres était au cœur de la thèse défendue par Bork, selon laquelle le vrai but des règles de concurrence serait la poursuite du « bien-être du consommateur » (en anglais *consumer welfare*) (15). Par un jeu rhétorique qui mêle amalgame et euphémisme et met la notion d'efficience au cœur d'un tour de passe-passe normatif, l'auteur vide la notion de bien-être du consommateur de tout contenu raisonnable et assimile en réalité la maximisation des richesses – ce qui est différent du bien-être des consommateurs – à un but unique des normes qu'il examine, occultant ainsi une discus-

(14) R. BORK, *The Antitrust Paradox : A Policy at War with Itself*, Basic Books, New York, 1978.

(15) V. p.e. BORK, *op. cit.* p. xi [décrivant la vision de l'École de Chicago, à laquelle il adhère] «*the exclusive goal of antitrust adjudication, the sole consideration the judge must bear in mind, is the maximisation of consumer welfare*».

sion nécessaire sur les véritables buts du droit de la concurrence (16).

L'architecture de la confusion peut s'exposer ainsi. Au fondement de cette construction, on trouve un amalgame entre deux arguments de nature différente : un argument d'économie positive tout d'abord et un argument normatif ensuite. L'élément issu de l'économie positive est l'énoncé selon lequel la concurrence conduit à une allocation «efficiente» des ressources. Les économistes donnent à ce terme un sens technique précis : il s'agit d'une répartition des ressources au sein de l'économie dans laquelle chaque ressource est allouée à son usage le plus valorisé. L'efficacité ainsi définie est appelée efficacité allocative (17). C'est une propriété de la concurrence pure et parfaite, qui se démontre mathématiquement moyennant quelques hypothèses héroïques (18). Cela revient à dire que, si les marchés sont parfaitement concurrentiels, l'économie produit la plus grande valeur possible à partir des ressources disponibles.

L'élément issu de l'économie normative, qui est superposé à cet énoncé d'économie théorique positive consiste dans le jugement selon lequel le but ultime, le bien commun qui doit être visé par toutes les règles de droit (dont les règles de concurrence), est préci-

(16) Cette discussion est pourtant toujours ouverte, comme en témoigne le bel article récent de Maurice STUCKE, «Reconsidering Antitrust's Goals», *Boston College Law Review*, à paraître, disponible sur SSRN : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1904686. Dans cet article, l'auteur après avoir exposé les multiples aspects pratiques qui sont influencés par les buts que l'on assigne aux règles de concurrence, retrace l'évolution historique de ces buts dans le contexte américain et expose en quoi la quête doctrinale d'un but unique aux règles de concurrence (qui procède en partie des travaux de l'École de Chicago) n'est pas susceptible de mener à un résultat convaincant ni utile. Il conclue, à juste titre selon nous, que la pluralité des buts du droit de la concurrence est indépassable et doit être concrètement prise en considération à travers l'interprétation et l'application des règles.

(17) On distingue l'efficacité allocative de l'efficacité productive et de l'efficacité dynamique. Comme l'efficacité allocative, l'efficacité productive est une propriété de la concurrence pure et parfaite. Elle est atteinte lorsqu'aucun réagencement des ressources (travail, machines, matières premières) entre entreprises ne permettrait d'augmenter la production d'un produit sans réduire celle d'au moins une autre (D. CARLTON et J. PERLOFF, *Économie industrielle*, trad. fr. F. Mazetrolle, De Boeck 1998, n° 4.3.1, p. 117). L'efficacité dynamique n'a pas de définition aussi formelle. C'est un aspect sur lequel insiste surtout l'école autrichienne. L'efficacité dynamique est une manière de désigner l'innovation. Il n'y a pas de démonstration formelle que la concurrence, même parfaite, mène à l'innovation maximale. Dans le vocabulaire de la Commission, ce que les économistes appellent efficacité dynamique est généralement appelé «efficacité qualitative». V. Lignes directrices sur l'application de l'article 81, paragraphe 3, citées *supra* note 1, point 59.

(18) Ces hypothèses sont l'atomicité de la demande et de l'offre, libre entrée et libre sortie du marché pour les entreprises, homogénéité des produits, information parfaite et gratuite sur les conditions du marché, notamment les prix des biens et services, mobilité parfaite des facteurs de production. Pour une présentation succincte, V. p.e. Ch. DOLLO, «La dynamique de l'économie : la concurrence», *Cahier français* n° 315 *Comprendre l'économie 1. Concepts et mécanismes*, La Documentation française, 2003, p. 91.

sément la «maximisation des richesses» (*total welfare*) (19). De la combinaison de ces deux énoncés, on déduit de façon évidente que la concurrence est une bonne chose – puisqu'elle permet d'atteindre le but suprême – et l'on en tire un fondement théorico-normatif des règles dont l'objet est de protéger la concurrence.

L'enchaînement des deux éléments ci-dessus décrits – l'élément positif : la concurrence maximise la richesse et l'élément normatif : la maximisation de la richesse est le but social ultime – comporte plusieurs faiblesses, parmi lesquelles on ne s'attachera ici qu'à celles qui illustrent un usage fautif de la notion d'efficience. Pour cela, il est nécessaire d'exposer le lien entre les notions économiques de maximisation des richesses et d'efficience.

Ce lien est fait à travers un critère de jugement qui permet de dire si un état de l'économie est socialement meilleur qu'un autre. Il s'agit du critère dit de Kaldor-Hicks. Selon ce critère, un état de l'économie (c'est-à-dire une répartition des richesses) est préférable à un autre lorsqu'il permet de créer un supplément de richesses suffisant pour indemniser ceux qui perdent au changement. Ce critère permet d'ordonner un plus grand nombre de possibles que le critère de Pareto, qui consiste à ne considérer un état de l'économie comme préférable à un autre que s'il est plus avantageux ou également avantageux pour chacun des agents.

De manière équivalente, on décrit «l'optimum de Pareto» comme l'état de l'économie dans lequel il n'est pas possible d'améliorer la

(19) Les économistes ne sont pas nécessairement, à titre personnel, adeptes d'une philosophie matérialiste. Ils ne pensent pas nécessairement que le souverain bien soit la richesse, mais c'est un élément caractéristique de leur discipline que d'accepter cette simplification. L'idée est que, en maximisant la richesse, on crée la possibilité de poursuivre d'autres objectifs particuliers, à déterminer selon le processus politique, qui reste en dehors de l'analyse économique. Comme le souligne Frédéric Jenny, du point de vue des économistes, la poursuite d'autres objectifs que l'efficience a un coût, mais cela ne signifie pas que du point de vue du choix collectif, on ne soit pas prêt à supporter ce coût pour sauvegarder ou promouvoir d'autres objectifs. F. JENNY, «Competition Law Enforcement : Is Economic Expertise Really Necessary?», *Fordham Corp. L. Inst.*, 1998, chap. 11, pp. 185-201, spéc. p. 190. Comme l'a observé le professeur Stigler dans le contexte américain, les économistes excipent fréquemment d'une mauvaise compréhension de leurs concepts pour refuser d'admettre que leurs idées sont rejetées. Cet auteur s'étonne ainsi de l'attitude des économistes qui disent, «non pas années après années, mais générations après générations : "Parlement, te rends-tu compte que le libre-échange [*mutatis mutandis* la concurrence] accroîtrait le revenu national?". Comme si le Parlement ne le savait pas! La vérité est que les économistes ont refusé d'écouter la société, et non que la société a refusé d'écouter les économistes. Ce que les économistes avaient à dire de pertinent a été écouté et pris en compte, mais la société tenait à prendre en compte aussi les réalités d'un processus politique que les économistes continuaient à voir comme un dieu tout-puissant qui partageait leur préoccupation pour l'efficience». G. STIGLER, «Economists and Public Policy», *Regulation*, 1982, p. 13.

situation d'un agent sans détériorer celle d'un autre. On parle aussi, toujours de manière équivalente pour les économistes, d'«*efficience* au sens de Pareto». Selon la même construction, et c'est ce qui intéresse directement notre propos, on dit qu'il y a un «gain d'efficience», au sens de Kaldor-Hicks ou au sens de Pareto, lorsqu'on passe d'un état de l'économie à un autre, qui est supérieur au premier selon le critère considéré. C'est ainsi que les économistes parlent de manière indifférente de «maximisation des richesses» ou de gains d'efficience. Le gain d'efficience est dans ce langage une modification de l'état de l'économie qui permet d'augmenter la richesse. Si l'on admet que la maximisation des richesses est le but, et si l'on considère en outre que cet énoncé est si évident qu'il n'a pas besoin d'être explicité, il n'y a donc plus qu'un tout petit pas à franchir pour faire de «l'efficience» (en réalité l'efficience dans la maximisation des richesses) un but (20). La confusion vient donc de l'économie, où elle est liée au caractère consensuel d'une prémisses normative pourtant inacceptable dans une économie sociale de marché, à savoir l'énoncé selon lequel la maximisation des richesses est le but ultime (ou en tous cas le seul pris en charge par l'analyse économique elle-même).

Pour populariser – au moins auprès des étudiants – l'idée selon laquelle la maximisation des richesses serait un bon but, les économistes recourent généralement à une métaphore pâtissière : un plus gros gâteau vaut mieux qu'un plus petit puisque, avec un plus gros gâteau, on pourrait donner davantage à chacun (21). Personne ne pourrait donc être contre l'objectif de maximiser la taille du gâteau. Outre les critiques que l'on peut adresser au critère de Kaldor-Hicks (on *pourrait* donner plus à tout le monde, mais rien ne garantit que le supplément de gâteau ne sera pas accaparé par une minorité), cette présentation pêche par un autre aspect. En effet, le gâteau n'est pas une bonne analogie. On peut peser la farine et le sucre, compter les œufs ou encore mesurer le diamètre d'un gâteau dans des unités (grammes, centimètres) qui, pour être conventionnelles, n'en sont pas moins objectives et consensuelles. En revanche, pour compter des richesses, on a besoin de passer par le système de prix.

(20) Il n'a été ici question que d'efficience allocative et de deux critères distincts qui permettent d'ordonner des distributions comme plus ou moins efficaces du point de vue de l'allocation des richesses.

(21) On reconnaît là une présentation appétissante du critère dit de Kaldor-Hicks.

Or, si une part de gâteau a la même masse pour tout le monde, en revanche, on ne peut pas raisonnablement considérer qu'un euro représente la même chose pour tout le monde (22), au sens où il n'est pas acceptable de donner la même importance dans le choix social à un euro venant d'un citoyen modeste et à un euro venant d'une multinationale. C'est pourtant sur cette prémisse que repose tout le discours qui érige la maximisation des richesses en fin de l'action publique. En effet, privilégier l'allocation des richesses la plus efficiente pour maximiser la richesse signifie que chaque ressource doit être allouée à son usage *le plus valorisé* (en argent). Il s'agit donc d'un principe de choix social analogue à un mode de suffrage «un euro-une voix» et dans lequel tous les acteurs de l'économie, et non seulement les citoyens, prennent part au vote. Transposée dans le contexte français et à l'action publique, cette maxime reviendrait à réécrire la devise de la République pour lui substituer la trilogie «liberté, égalité, solvabilité».

Par ailleurs, s'intéresser uniquement à la taille du gâteau et viser son augmentation constante revient aussi à considérer la distribution des richesses comme indifférente (on évacue cet aspect en disant qu'on pourra couper le gâteau comme on veut). À cet égard, et contrairement au sens ordinaire des mots, Bork va jusqu'à dire qu'augmenter les profits des entreprises ou l'avantage des consommateurs revient au même (23). C'est ce qui lui permet de faire l'amalgame contre-intuitif entre bien-être des consommateurs et maximisation des richesses. Cela paraît choquant du point de vue du simple bon sens, mais c'est exact si l'on adopte, comme lui, l'objectif d'augmentation de la richesse totale. Par une véritable imposture lexicale, il appelle «bien-être du consommateur» (*consumer welfare*) la richesse totale (*total welfare*), au vague motif que les consommateurs sont aussi actionnaires et que les entreprises consomment aussi (24). Évacuer ainsi toute question de justice distributive revient à occulter un débat essentiel sur les buts, en l'occurrence la question de savoir dans quelle mesure on cherche à

(22) Cet argument est avancé par Ronald Dworkin dans une controverse célèbre qui l'a opposé à Richard Posner (qui prend le parti de Bork). V. R. DWORKIN, «Is Wealth a Value?», *Journal of Legal Studies*, 1980, pp. 191-226 et, dans le même numéro les réponses de Kronman et Posner : A. T. KRONMAN, *Wealth Maximization as a Normative Principle*, pp. 227-242; R. POSNER, *The Value of Wealth : A Comment on Dworking and Kronman*, pp. 243-252.

(23) R. H. BORK, *op. cit.*, p. 110.

(24) *Ibid.*

favoriser les consommateurs, certaines entreprises ou d'autres intérêts encore à travers les règles de droit de la concurrence (25).

Si l'on accepte pas l'idée que l'on vote avec des euros, si l'on accepte pas l'idée que les entreprises et les consommateurs sont une seule et même catégorie, alors on ne peut pas accepter l'amalgame qui est fait lorsqu'on dit que le but d'une règle de droit, fut-ce une règle de droit de la concurrence, est «l'efficience» ou la maximisation des richesses. Cet amalgame entre un jugement technique sur les moyens (la concurrence est efficace pour maximiser les richesses) et un jugement éthique sur les fins (la maximisation des richesses est le bien commun), pourtant déjà dénoncé par Alexis Jacquemin en 1978 doit toujours, et toujours pour les mêmes raisons, être refusé.

Pourtant, la rhétorique qui assimile l'efficience à un but a gagné le droit européen.

II. – UNE CONFUSION CONTAGIEUSE

Chez un auteur comme Bork, la confusion qui consiste à présenter l'efficience comme un but est délibérée. Elle vise à donner un aspect axiologiquement neutre et donc un caractère consensuel à une thèse qui, pour la très grande majorité des citoyens, certainement en Europe, n'est pas acceptable. Il s'agit, comme on l'a vu, de la thèse selon laquelle l'unique but légitime de l'action publique, et, partant, l'unique but à l'aune duquel toutes les normes juridiques devraient être appréciées est la maximisation des richesses.

Une contagion de la confusion se produit lorsque des narrations du droit voire des textes juridiques présentent implicitement ou explicitement l'efficience comme un but. On prendra de ce phéno-

(25) Bork n'a heureusement pas réussi à occulter le débat et il existe une littérature très abondante sur les buts du droit de la concurrence. Sur le droit américain, on pourra partir de l'article de M. STUCKE, cité *supra* note 16 et des références citées. En droit européen, le débat s'est surtout cristallisé à l'occasion d'un changement d'approche de la Commission en matière d'abus de position dominante. Sur ce point, V. p.e. L. LOVDAHL GORMSEN, «The Conflict between Economic Freedom and Consumer Welfare in the Modernisation of Article 82 EC», *European Competition Law Journal*, 2007, 329-344. Plus généralement sur le débat concernant les finalités du droit européen de la concurrence, et pour s'en tenir à quelques articles récents O. ODUDU, *Competition Law Review*, 2009, n° 1, Editorial – Competition : Efficiency and Other Things, pp. 1-4; L. PARET, «Shouldn't We Know What We Are Protecting? Yes We Should! A Plea for a Solid and Comprehensive Debate about the Objectives of EU Competition Law and Policy», *European Competition Journal*, 2010, n° 2, pp. 339-376.

mène deux exemples, l'un en doctrine (A), l'autre en droit positif (B).

A. – *La contagion doctrinale : les théories
de la « rupture efficiente »*

En doctrine, on connaît, dans le domaine du droit des contrats, la théorie dite de la rupture efficiente (en anglais *efficient breach*), directement issue des analyses du droit de l'école de Chicago. Elle consiste à considérer qu'une rupture contractuelle est acceptable et doit même être encouragée – à tout le moins ne devrait pas être sanctionnée par le droit – lorsque la partie qui n'exécute pas son engagement retire de cette violation de ses obligations un gain supérieur à la perte causée au co-contractant lésé (26). Cette théorie et cette opinion doctrinale *de lege ferenda* s'appuient sur le critère de Kaldor-Hicks précédemment exposé : c'est parce que le gain global en cas de rupture du contrat serait plus élevé qu'en cas d'exécution de celui-ci que la rupture est préférable. L'argument est le suivant : si l'auteur de l'inexécution gagne suffisamment à la rupture pour indemniser complètement la victime de l'inexécution et conserver un profit, chacun des contractants sera dans une position égale ou meilleure que celle qui aurait été la sienne en cas d'exécution. Certes, le processus de répartition du supplément de richesses permis par l'inexécution peut être coûteux s'il passe par un procès et il faut en tenir compte, mais, selon les tenants de cette analyse, il demeure que, d'un point de vue normatif, les règles doivent être orientées vers la maximisation de la richesse. En l'espèce, le principe de l'exécution par équivalent (et non l'exécution forcée) est considéré comme le plus efficient. Cette théorie issue du courant *law and economics* est désormais largement enseignée et, si elle n'inspire pas tous les systèmes juridiques, elle a certainement acquis droit de cité auprès d'un auditoire beaucoup plus large que celui des spécialistes d'analyse économique du droit (27).

Un signe parmi d'autres de la diffusion de la théorie de la violation efficiente d'une norme s'observe en droit européen dans un tout

(26) V. p. e. E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz et Thémis, 2008, p. 437.

(27) Pour une confrontation des points de vue sur la rupture efficiente dans le contexte français, V. les contributions de C. FLUET et de J. ROCHFELD dans C. JAMIN (dir.), *Droit et économie des contrats*, LGDJ, coll. Droit et économie, 2008.

autre domaine que le droit des contrats, à savoir dans le droit du marché intérieur. Ce cœur du droit de l'Union assure la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux à travers différentes règles. Les premières parmi ces règles, à la fois historiquement et en termes de hiérarchie des normes, sont les interdictions qui figurent dans le traité et visent toutes les mesures nationales restreignant la libre circulation des marchandises (28), des travailleurs (29), la liberté d'établissement (30), la libre prestation de services (31) et la libre circulation des capitaux (32). Le schéma de ces différentes interdictions est identique : les réglementations des États membres qui entravent l'exercice d'une liberté de circulation constituent en principe une violation du traité, à moins qu'elles ne puissent être justifiées par une exception expressément prévue par le traité lui-même ou admise par la jurisprudence (exigences impératives d'intérêt général) et qu'elles ne satisfassent au test de proportionnalité, c'est-à-dire que les mesures soient à la fois aptes à atteindre le but poursuivi par l'État membre qui les a adoptées (test d'aptitude) et qu'elles ne restreignent pas plus que nécessaire la liberté de circulation qui est entravée (test des proportionnalités).

Incidemment, est frappant de constater à quel point le contrôle des mesures étatiques au regard du droit du marché intérieur fait appel, à travers des mots différents, à des notions très proches de celles d'efficacité et d'efficience, telles que définies plus haut. En effet, le test d'aptitude revient à poser une exigence d'efficacité minimale : pour pouvoir être justifiée au nom d'un objectif de politique publique allégué par un État membre, il faut en premier lieu que la mesure soit au moins minimalement efficace (de nature à

(28) Art. 34 et 35 TFUE, respectivement : «Les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres» et «Les restrictions quantitatives à l'exportation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres».

(29) Art. 45 TFUE «1. La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de l'Union».

(30) Art. 49 TFUE : «Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites».

(31) Art. 56 TFUE «Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation».

(32) Art. 63 TFUE «1. Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites».

atteindre le but allégué par l'État qui l'a adoptée). Il faut en outre que le coût que cette mesure impose au fonctionnement du marché intérieur, en termes de liberté de circulation entravée, soit dans un rapport raisonnable avec son efficacité à atteindre le but poursuivi. Ainsi, les notions d'efficacité et d'efficience, comprises dans leur vrai sens, sont intégrées aux normes juridiques qui forment la base du droit du marché intérieur.

L'usage doctrinal de ces notions est pourtant parfois bien différent. Il se rapproche au contraire de l'usage que nous avons critiqué plus haut (sans toutefois se confondre avec lui). Tel est par exemple le cas lorsque, pour proposer une nouvelle interprétation de jurisprudence, assez complexe, sur les justifications des entraves aux libertés de circulation, un auteur propose d'en rendre compte à travers la notion de «restrictions efficaces» au commerce entre États membres (33). L'expression paraît tout à fait dans la ligne de la théorie de l'inexécution efficace dans la théorie du contrat, qui serait transposée au Traité, compris comme un contrat entre États membres. Pourtant, ce n'est pas exactement le cas, car, contrairement aux partisans de l'analyse économique du droit inspirée par l'École de Chicago, l'auteur qui propose cette nouvelle interprétation est tout à fait ouvert à la pertinence d'autres buts et valeurs que la maximisation des richesses. À cet égard, il précise explicitement qu'il retient une notion large de la notion d'efficience : il s'agit d'un état du monde (en l'espèce du marché intérieur) dans lequel les préférences sont satisfaites, et ce quelles que soient ces préférences (34). Contrairement à la pensée de l'École de Chicago, cette analyse fait donc dûment place à l'idée que les États poursuivent légitimement des préoccupations de justice distributive et, partant, que les réglementations nationales peuvent viser toutes sortes d'objectifs (autres que la maximisation de la taille du gâteau national). Ceci n'est pas seulement satisfaisant au plan axiologique, c'est aussi conforme à la réalité et cohérent avec les dispositions du droit positif du marché intérieur (35). Ces précisions étant faites, venons-en à l'usage doctrinal de la notion d'efficience dans cette analyse.

(33) I. LIANOS, «Shiftling Narratives in the European Internal Market : Efficient restrictions of Trade and the Nature of "Economic" Integration», *European Business Law Review*, 2010, 705-760.

(34) I. LIANOS, *op. cit.*, p. 707.

(35) Cela s'observe à travers les listes des motifs qui, aux termes du traité, sont de nature à justifier des exceptions aux libertés de circulation. L'argument vaut *a fortiori* si l'on considère

La thèse avancée consiste à dire que si, dans une première phase de la construction du marché intérieur, les entraves aux libertés de circulation tendaient à être appréciées strictement, dans la phase actuelle, tout se passe comme si la Cour et la Commission cherchaient à sanctionner uniquement les entraves *efficientes* (36).

Cette analyse ne me semble pas satisfaisante dans sa terminologie (37), et ce en raison de l'usage qui est fait de la notion d'efficience. En effet, cet usage amène à considérer que l'efficience – certes au sens large – constitue le but de l'intégration européenne (38). Exactement comme dans le discours des économistes, auquel la notion est empruntée, la notion d'efficience sert à la fois à substituer, pour les besoins d'une narration du droit, un but formellement unique (l'efficience) à une multiplicité complexe de buts (de l'Union, des États, des acteurs du marché unique) et à renvoyer la détermination des fins en dehors de l'analyse, puisque l'efficience désigne ici la satisfaction de tous les buts *quels qu'ils soient*.

Bien sûr, une simplification comme celle-ci peut être nécessaire, pour la raison très générale qu'une analyse approfondie ne peut être menée que sur un objet limité. Ainsi, afin de centrer l'analyse sur le mécanisme même de pesée des intérêts entre les libertés de circulation caractéristiques du marché intérieur et les autres objectifs poursuivis par les États membres, on fait abstraction d'une partie de la complexité (les objectifs des États) pour se concentrer sur une autre (le changement d'approche de la Cour à propos des justifications avancées par les États). On notera toutefois que cette simplification n'est pas neutre, puisqu'elle postule que le changement d'approche de la Cour, qui est l'objet de l'analyse, est général et ne dépend pas des différentes justifications

la jurisprudence sur les exigences impératives d'intérêt général, qui a allongé ces listes. C'est en matière de libre circulation des marchandises que la liste des motifs admissibles est la plus longue « moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale » (art. 36 TFUE). En matière de libre circulation des travailleurs, les causes justificatives sont plus limitées : seuls les motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique sont visés par le traité (art. 45, paragraphe 3, TFUE. Il en va de même pour les libertés d'établissement et de prestation des services art. 52 TFUE).

(36) I. LIANOS, *op. cit.*, *passim.*, not. pp. 707-708.

(37) Il ne s'agit pas d'une critique de fond sur l'analyse de la jurisprudence proposée par I. LIANOS.

(38) I. LIANOS, *op. cit.*, p. 740 : « I argue that art. 34TFUE should cover only efficient restrictions of trade ».

avancées par les États (39). À cet égard, on ne peut exclure que le commentateur infuse à la jurisprudence plus de cohérence qu'elle n'a, mais cela n'enlève rien à la légitimité d'une nouvelle tentative de conceptualisation.

Ce qui me paraît gênant dans cette manière de formuler l'analyse est qu'elle fait usage de la notion d'efficience à contre-emploi. Nous disions en commençant que l'efficience, comme l'efficacité, n'a de sens que par rapport à un but. Or, dans un discours comme celui qui vient d'être rapporté, l'efficience *remplace* les buts. En revoyant la détermination des buts poursuivis à travers réglementations nationales en dehors de l'analyse, on fait comme si la clarification des buts, d'une part, et une appréciation en terme d'efficience, d'autre part, pouvaient ne pas aller de pair. Or, en laissant du flou dans les buts, la notion d'efficience n'apporte à notre avis rien à l'analyse. On pourrait tout aussi bien dire qu'il y a des bonnes et des mauvaises restrictions aux libertés de circulation ou que c'est la bonne liberté de circulation qui doit être privilégiée et non tout exercice quel qu'il soit d'une liberté de circulation. Si l'on formulait les choses ainsi, il apparaîtrait plus clairement que la question de savoir ce qu'est un bon exercice de la liberté de circulation ou une bonne restriction à cette liberté reste entière. En utilisant le vocabulaire plus sophistiqué de l'efficience, on masque quelque peu le débat autour des finalités – ici celles du marché intérieur – débat pourtant toujours actuel et même spécialement important dans un temps où le marché intérieur semble souffrir d'une désaffection des citoyens européens (40).

Par ailleurs, le sens donné à l'efficience dans des analyses en termes de violation «efficiente» du droit, comme celle qui vient d'être rapportée, est fort différent de celui qui s'infère des textes eux-mêmes. Comme évoqué ci-dessus, les normes du droit européen

(39) Cela revient par exemple à écarter l'hypothèse que la Cour est plus en retrait dans son contrôle dans les domaines politiquement sensibles, hypothèse certes peu raffinée conceptuellement mais assez vraisemblable dans un domaine comme celui des jeux et paris en ligne par exemple. V. notamment CJCE, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International*, C-42/07, *Rec.* p. I-7633 et CJUE, 30 juin 2011, *Zeturf*, C-212/08, non encore publié au Recueil.

(40) M. MONTI, dans son rapport au Président Barroso, *Une nouvelle stratégie pour le marché unique au service de l'économie et de la société européennes*, 9 mai 2010 (qui constitue la base du train de mesures appelé Acte pour le marché unique, cité *supra* note 2), part de ce constat : «aujourd'hui, non seulement le marché unique n'est pas aimé, mais il suscite chez de nombreux Européens (citoyens et dirigeants politiques) de la méfiance, de la crainte et parfois même une hostilité ouverte». Le rapport Monti est disponible à l'url suivante : http://ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_fr.pdf

qui régissent le marché intérieur accordent pertinence à un rapport d'efficacité – l'efficacité des mesures nationales par rapport à leur objectif – et à un rapport d'efficience – le rapport coût pour le marché intérieur/efficacité de la mesure nationale par rapport à son propre but. L'efficacité et l'efficience ont ici une réelle densité normative. Dès lors, ne passe-t-on pas à côté d'un usage juridiquement pertinent de ces notions en adoptant une grille d'analyse doctrinale qui leur donne un sens à la fois décalé par rapport au droit positif qu'il s'agit d'analyser et moins précis ?

Les risques qui s'attachent aux usages vagues de la notion d'efficience en droit européen peuvent aussi être illustrés dans le domaine du droit de la concurrence.

B. – *La contagion du droit positif :
l'efficience comme nouveau nom du progrès*

En droit de la concurrence, l'influence doctrinale des discours formulés en terme d'efficience est forte et ancienne. Dans ce domaine du droit en effet, l'analyse économique est très présente. L'analyse économique la plus concrètement utile au droit de la concurrence est l'analyse économique des faits (du fonctionnement du processus concurrentiel) et non l'analyse économique du droit (41). Pourtant, bien souvent, les auteurs économistes qui se penchent sur cette matière (ou ceux qui, sans être économistes, sont influencés par leurs connaissances économiques) tiennent aussi, explicitement ou implicitement, un discours sur les finalités des règles de concurrence. Ainsi, il est fréquent de lire que le but de ces règles est l'efficience ou le « bien-être du consommateur ». Ce point de vue, dont on a exposé les faiblesses plus haut, est régulièrement repris dans les manuels de droit (42), et ce alors même qu'une analyse de la lettre du traité ne permet pas de dire que la maximisation des richesses ait été l'unique but des rédacteurs du traité (43).

(41) A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, coll. « droit et économie », Paris, 2008, *passim* et notamment pp. 87 et s. (non concordance entre les buts des règles de droit de la concurrence postulés par les économistes et les interprétations juridiquement acceptables de ces mêmes buts) et pp. 393 et s. (sur l'utilité véritable de l'apport de l'économie positive dans la qualification des faits).

(42) V. références citées dans A.-L. SIBONY, *op. cit.* (*supra* note 41), pp. 87 et s.

(43) Les pratiques anticoncurrentielles sont interdites au nom du marché intérieur (v. Art. 101 et 102 TFUE « sont incompatible avec le marché intérieur... ») or les objectifs poursuivis par les rédacteurs du traité pour l'ensemble de la construction européenne, dont le marché intérieur, sont multiples (ils sont désormais énoncés à l'article 3 TFUE).

Néanmoins, on constate que le langage de l'efficience, après avoir été véhiculé par la doctrine, s'insère aujourd'hui dans le droit positif, tant en matière de contrôle des concentrations que de répression des accords anticoncurrentiels et des abus de position dominante. Dans tous les cas, l'idée directrice est la même : les « gains d'efficacité » ou « gains d'efficience » (la traduction française officielle des *efficiency gains* ou *efficiencies* a évolué) (44) qui résultent de pratiques par ailleurs susceptibles d'être interdites sont considérés comme pertinents aux fins de l'application des règles de concurrence. Selon l'appréciation qui en est faite, ces gains pourront compenser les effets néfastes des pratiques dont ils sont issus, faisant ainsi échapper ces pratiques aux interdictions du droit de la concurrence (45).

Cette approche, qui témoigne de l'influence de la doctrine économique, se justifie par les considérations suivantes : la maximisation des richesses est le but ; en principe, la concurrence est le moyen le plus efficient d'y parvenir, mais il arrive par exception que, compte tenu de l'imperfection de la concurrence notamment, c'est en restreignant la concurrence que l'on parvient à des gains d'efficience. Dès lors, et comme l'efficience est en elle-même souhaitable, il faut autoriser les restrictions efficaces de la concurrence. Tel est le sens de la « défense tirée des gains d'efficience » (*efficiency defense*) que les entreprises peuvent invoquer pour défendre une opération de concentration ou une pratique qui pourrait être jugée anticoncurrentielle.

Cette approche dite plus économique n'a pas toujours été celle des autorités en charge de la concurrence, mais elle a clairement progressé au cours des deux dernières décennies. Elle a été initiée dans le domaine du contrôle des concentrations (46), a ensuite inspiré les règles relatives aux ententes (47) et, plus récemment et plus

(44) Dans le règlement sur les concentrations (cité *supra* note 1), on trouve l'expression « gains d'efficacité », p.e. considérant 29. Il en va de même dans la Communication sur les pratiques d'éviction (cité *supra* note 1), p.e. paragraphe 28 et s. En revanche, dans le règlement d'exemption sur les accords verticaux (cité *supra* note 1), on trouve l'expression « gains d'efficience ». V. p.e. considérants 7 et 10.

(45) V. p.e. dans le règlement concentration actuel (cité *supra* note 1) le considérant 29 : « Pour déterminer l'effet d'une concentration sur la structure de la concurrence dans le marché commun, il convient de tenir compte des gains d'efficacité probables démontrés par les entreprises concernées. Il est possible que les gains d'efficacité résultant de la concentration contrebalancent les effets sur la concurrence, et notamment le préjudice potentiel pour les consommateurs ».

(46) Le premier règlement sur le contrôle des concentrations date de 1989, il est donc bien postérieur aux autres règles de concurrence, qui figurent depuis l'origine dans les traités européens.

(47) V. Dans ce domaine, le changement d'approche remonte au début des années 2000. V. en particulier Communication de la Commission – Lignes directrices concernant l'application de

partiellement, le droit des abus de position dominante (48). Force est de constater que cette approche s'adapte mieux à certaines normes qu'à d'autres au sein du droit positif. Ainsi, la prohibition des abus de position dominante se prête plus mal que le contrôle des concentrations ou la répression des ententes anticoncurrentielles à la prise en considération des gains d'efficience sur le mode d'une exception à une interdiction, tout simplement parce que dans la structure même d'une règle qui prohibe un abus – quel qu'il soit – il n'y a pas place pour une exception. Si un abus est un abus, il n'y a pas d'excuse (49). En revanche, et c'est une autre manière d'introduire l'efficience dans le droit de l'abus de position dominante, l'idée de restreindre le champ de l'interdiction des abus-exclusion (50) aux exclusions d'un concurrent *au moins aussi efficient* que l'entreprise dominante peut être intégrée et l'est déjà en droit positif (51). On retrouve dans ce nouveau critère de l'abus l'idée selon laquelle le droit ne doit sanctionner que les comportements qui réduisent l'efficience. L'influence de la doctrine économique, qui promeut l'efficience comme critère de qualification adéquat car il reflète un but, ne se dément donc pas en droit de la concurrence.

Sans que cela remette en cause la légitimité du choix fait par la Commission d'accorder pertinence aux gains d'efficience (52), il est

l'article 81, paragraphe 3, du traité *JOUE*, C 101 du 27 avril 2004 pp. 97-118. Pour une analyse approfondie, V. I. LIANOS, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l'analyse économique*, Bruylant et Sakkoulas, Bruxelles et Athènes, 2007.

(48) En matière d'abus, le changement est plus difficile, car il ne se fait pas par voie de droit dérivé. La Commission l'a initié par une communication sur ses priorités en matière de répression des pratiques d'exclusion (citée *supra* note 1), mais l'approche qui est développée est assez différente de celle qui résulte de la jurisprudence de la Cour et du Tribunal, lesquels restent en charge de dire le droit.

(49) V. notamment sur ce point E. ROUSSEVA, *Rethinking exclusionary abuses in EU competition law*, Hart publishing, 2010, chap. 7.

(50) On distingue, au sein de la catégorie d'abus de position dominante deux types d'abus : les abus exploitation (par exemple des prix excessifs pratiqués par une entreprise au détriment de ses clients) des abus exclusion (comportements par lesquels une entreprise en position dominante évince un concurrent d'un marché).

(51) Ce critère s'explique par l'idée que, si le concurrent qui est évincé par l'entreprise en position dominante est *moins efficient* que celle-ci, il n'y a pas à s'en soucier. En effet, c'est là un phénomène normal dans un système concurrentiel. En outre, une telle exclusion d'une entreprise hors d'un marché ne cause en principe aucun dommage aux consommateurs (qui bénéficient des gains d'efficience et n'ont pas de raison de préférer se fournir auprès d'une entreprise moins efficiente que ses concurrents). Ce critère est mis en avant par la Commission dans sa communication sur les abus-exclusion, citée *supra* note 1. Il a été repris par la jurisprudence en matière de compression de marges. CJUE, 14 octobre 2010, Deutsche Telekom/Commission, C-280/08 P, point 183.

(52) Là où la Commission n'a pas le pouvoir d'adopter des règles de droit dérivé ou ne l'a pas fait, comme en matière d'abus de position dominante, on constate que la Cour s'engage moins nettement dans cette voie. V. ROUSSEVA, citée *supra* note 49, *ibidem*.

intéressant de s'arrêter sur un glissement lexical et sans doute sémantique qui a marqué ces dernières années l'usage de la notion d'efficience par la Commission. Cette notion a tout simplement remplacé – dans le droit dérivé – la notion de « progrès technique et économique » qui figure dans le traité. Pour détecter cette substitution de mots, il faut tout d'abord revenir au texte de l'article 101 TFUE. Celui-ci prévoit une interdiction des accords qui restreignent la concurrence (paragraphe 1), une sanction de nullité pour ces accords (paragraphe 2) et une possibilité d'exemption pour les accords qui, tout en restreignant la concurrence, remplissent certaines conditions : ils doivent contribuer « à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir *le progrès technique ou économique*, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans : a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs, [ni] b) donner à des entreprises la possibilité?, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence » (paragraphe 3) (53). On peut remarquer que, dans ce texte, l'exemption qui est prévue, n'est pas formulée en termes de gains d'efficience.

Il faut ensuite se tourner vers ce que l'on appelle les accords verticaux. De longue date, la Cour a retenu que l'interdiction énoncée dans l'article 101 TFUE s'appliquait à tous les types d'accords (54). Conformément au principe selon lequel là où le traité ne distingue pas, il ne faut pas distinguer, la Cour a considéré que l'interdiction de l'article 101 TFUE concerne non seulement les accords dits horizontaux – accords entre entreprises concurrentes opérant à un même niveau de la chaîne production-distribution, dont les cartels – mais aussi les accords dits verticaux, c'est-à-dire les accords entre entreprises opérant à des niveaux différents de la chaîne production-distribution. Cette seconde catégorie comprend en particulier les accords de distribution, par exemple les contrats conclus entre un fournisseur et les revendeurs ou détaillants qui distribuent ses produits ou services. Ce type d'accord fait l'objet de règles particulières, qui précisent l'application de l'article 101 TFUE sur une série de points dans le contexte des relations verticales. Or, dans ce règle-

(53) Nous soulignons.

(54) CJCE, 13 juillet 1966, *Consten et Grundig/Commission*, 56 et 58-64, *Rec.* p. 429.

ment relatif à l'application de l'article 101 TFUE aux accords verticaux (55), ainsi que dans les lignes directrices qui l'accompagnent (56), la notion de gains d'efficience remplace purement et simplement la notion de progrès économique de l'article 101 TFUE, article dont ces textes visent pourtant à préciser l'interprétation et l'application. Les gains d'efficience sont en effet la justification de principe qui permet d'exempter de la prohibition de l'article 101, paragraphe 1 une large catégorie d'accords verticaux, définies dans le règlement (57). Dans les lignes directrices, la Commission va jusqu'à écrire «les entreprises ont la possibilité? de se défendre en faisant valoir des gains d'efficience *conformément à l'article 101, paragraphe 3*, dans un cas individuel» (58). Pourtant, comme on l'a vu, on chercherait vainement une mention de gains d'efficience dans ce texte qui parle de progrès économique. Ce passage montre donc à quel point, dans la pratique décisionnelle de la Commission la notion d'efficience reçoit un contenu normatif que le traité ne lui donnait pas. Les «gains d'efficience» sont désormais le nom de ce qu'il faut prouver pour faire échapper un accord à l'interdiction de l'article 101, paragraphe 1, TFUE.

À quoi correspond ce changement de qualification? Il n'est pas difficile d'en rapporter l'origine à l'influence de l'analyse économique (59). Mais cela ne suffit pas à lui donner un sens. À cet égard, on ne peut que proposer une hypothèse. L'article 101, paragraphe 3, dans lequel est inséré par voie d'interprétation une référence à l'efficience prévoit une pesée des intérêts. L'autorité nationale de concurrence, le juge national ou la Commission, lorsqu'ils appliquent cette disposition, doivent se demander dans quelle mesure les aspects positifs de l'accord qu'ils examinent devraient conduire à ne pas l'interdire bien qu'il restreigne la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1. Cet examen est guidé par des règles qui laissent une large marge d'appréciation, tout d'abord parce que les notions de «progrès techniques ou économique» sont vagues et aussi

(55) Règlement sur les accords verticaux, cité *supra* note 1.

(56) Lignes directrices sur les restrictions verticales *JOUE* C 130 du 19 mai 2010 pp. 1-46.

(57) Considérants 6, 7 et 10 du règlement d'exemption sur les accords verticaux (cité *supra* note 1).

(58) Lignes directrices sur les restrictions verticales (citées *supra* note 56), paragraphe 60. V. aussi (notamment), paragraphe 19 «des gains d'efficience *au sens de l'article 101, paragraphe 3*» (nous soulignons).

(59) V. I. LIANOS, cité *supra* note 47.

parce que l'exigence distributive est imprécise : il faut, pour que l'accord puisse être exempté, que les consommateurs reçoivent «une part équitable» du profit qui en résulte. Porter et motiver une telle appréciation est difficile pour plusieurs raisons. Tout d'abord, parce qu'il est toujours difficile de qualifier des faits au regard de notions aussi vagues que l'amélioration de la distribution, le progrès technique ou le progrès économique, mais aussi parce que la notion de «profit» pour le consommateur est elle-même très complexe. Les consommateurs peuvent ne pas tous avoir les mêmes intérêts. Il y a, entre autres, des consommateurs riches et pauvres, jeunes et vieux, motorisés ou non, qui se méfient du commerce en ligne ou ne jurent que par lui, sensibles aux produits naturels ou sensibles aux prix. Si l'accord sert les uns et dessert les autres, qui privilégier ? Ces questions de justice distributive concernent aussi la notion d'amélioration de la distribution : amélioration pour qui ? pour le producteur et les grossistes ? les distributeurs ? les consommateurs ? à nouveau : lesquels ?

Résumer l'analyse en disant que ce qui importe, ce sont «les gains d'efficience» a au minimum pour effet de dépersonnaliser l'examen qui doit être mené. Cela le rend plus abstrait, le fait paraître relever d'une expertise économique plutôt que d'un jugement de valeur, dont la Commission reconnaît pourtant la nécessité (60). Il me paraît probable que, si l'on demande à un expert économiste si un accord produit des gains d'efficience, il aura tendance à se référer à la notion d'efficience telle qu'elle est définie en économie, ce d'autant que, sans que les textes juridiques donnent une définition formelle de l'efficience, la Commission semble elle-même donner à ce terme le même sens qu'en économie en distinguant efficience allocative, productive et dynamique (61). Dès lors, l'économiste pourra, de bonne foi, penser que la question qui lui est posée relève de son

(60) Lignes directrices sur l'application de l'article 101, paragraphe 3 (citées *supra* note 1), point 103.

(61) Ainsi dans les lignes directrices sur l'application de l'article 101, paragraphe 3, la Commission indique que «[l]es règles communautaires de concurrence visent à protéger la concurrence sur le marché comme moyen d'accroître le bien-être du consommateur et à assurer une *répartition efficace des ressources* [efficience allocative]. Les accords qui restreignent la concurrence peuvent en même temps avoir des effets proconcurrentiels sous forme de *gains d'efficacité, lesquels peuvent créer un surcroît de valeur en abaissant le coût de fabrication d'une production* [efficience productive], *en améliorant la qualité du produit* [efficience productive] *ou en permettant la création d'un nouveau produit* [efficience dynamique]. Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 (citées *supra* note 1), paragraphe 33. Nous soulignons, note de bas de page omise. Les annotations entre crochets sont les nôtres.

champ d'expertise, alors qu'il s'agit au fond avant tout d'un arbitrage entre intérêts divergents que ni les autorités de concurrence ni les juges ne sont très enclins à faire. Il est en un sens plus commode d'éviter les questions distributives qui sont soulevées par la notion de progrès économique en faisant appel au langage expert du calcul.

Au terme de cette analyse, on peut retenir plusieurs éléments pour un usage sensé des notions d'efficacité et d'efficience en droit. Tout d'abord, et ce premier point n'est pas spécifique à l'usage juridique, il importe de ne pas confondre les deux notions. L'élément qui les distingue tient à la prise en considération des coûts (dans la notion d'efficience). Au delà de cette différence, le point commun de ces deux notions est qu'elles désignent un rapport entre un moyen et un but. Ce ne sont pas des buts, mais des propriétés des normes en tant que celles-ci sont considérées dans leur rapport au(x) but(s) poursuivi(s) à travers elles. Le perdre de vue ouvre la porte à des discours qui, sous couvert de neutralité axiologique habillée de langage technique, véhiculent ce qu'un auteur a appelé de façon très éloquente une «normativité de contrebande» (62). En effet, l'efficience ou l'«efficacité économique» sont des termes qui, employés sans précisions, sont très connotés. Dans le langage des économistes, ils dénotent l'efficience dans la poursuite d'un but très particulier et qui reste souvent implicite dans le discours, à savoir la maximisation des richesses (indépendamment de toute considération distributive). Il est certes possible de se distancier de ce but et de tout de même parler d'efficience, mais il demeure que présenter l'efficience *au sens large* comme un but ne fait qu'occulter le débat sur les buts. Il y a d'autant moins de raison de le faire que s'offre un usage à la fois plein de sens et qui s'ancre dans le droit lui-même. À travers le contrôle de proportionnalité, illustré dans cette contribution à propos du droit du marché intérieur mais qui n'est ni propre à ce domaine ni au droit européen, une norme juridique fait directement appel aux deux notions d'efficacité et d'efficience. En effet, dans le contrôle de proportionnalité, on se demande si la mesure sous examen est de nature à atteindre le but qui lui est assigné (efficacité)

(62) «*Smuggled normatives*». L'expression est de A. A. LEFF, «Economic Analysis of Law : Some Realism about Nominalism», *Virginia L. Rev.*, 1974, Vol. 60, p. 451, cité par T. C. ARMITAGE, «Economic Efficiency as a Legal Norm», *Research in Law and Economics*, 1985, pp. 1-27, p. 5.

et, si tel est le cas, dans quelle mesure elle ne le fait pas à un coût (qui peut ne pas être monétaire) trop élevé, que des dispositifs alternatifs permettaient de réduire. Il y a là à mon sens un terrain prometteur pour étudier, si possible *in concreto*, l'efficacité et l'efficience des normes juridiques.